

# LES ETATS DU DROIT ADMINISTRATIF

## VARIATIONS EPISTEMOLOGIQUES

### Introduction

Définir le droit ne peut se faire sans appréhender en même temps le champ social auquel il s'applique: si les règles juridiques ont vocation à stabiliser et même, le cas échéant, à transformer les rapports sociaux auxquels elles s'appliquent, elles doivent être adaptées à leur *matière* pour pouvoir remplir efficacement leur fonction. Il y a donc nécessairement une rétroaction de cette matière sur le droit lui-même. Souvent, pour assurer cet effet de retour, il suffit de modifier telle ou telle règle spéciale. Mais, en tout cas sur le long terme, l'évolution peut affecter l'ordre juridique dans sa globalité.

C'est ce que nous voulons montrer en prenant l'exemple du droit administratif. Il est vrai que, réglant les activités étatiques en ce qu'elles cherchent explicitement à modifier des états de fait sociaux, économiques, écologiques, les législations administratives sont, plus que les autres, sensibles aux actions et aux réactions que leur mise en œuvre provoque. En ce sens, elles sont plus immédiatement politiques parce que directement politisées, et, par conséquent, les mutations que peut subir le droit administratif comme ensemble dont les parties sont en perpétuel mouvement se mettent plus aisément en évidence. Mais c'est précisément pourquoi il peut être utile de le prendre comme exemple.

## 1. CARACTERISATION DU DROIT ADMINISTRATIF

### 1.1. La notion juridique de «droit administratif»

On peut commencer par essayer de donner du droit administratif une définition tout à fait banale, en ce qu'elle vise à ne pas dépasser une approche purement juridique: il est constitué par l'ensemble des règles juridiques régissant l'organisation et les activités de l'administration. Mais on s'aperçoit immédiatement qu'on ne peut s'arrêter à ce point, si du moins on ne veut pas se contenter d'une tautologie aussi inutile que l'est celle selon laquelle la lumière est composée de rayons lumineux. Il faut donc poursuivre en définissant

l'administration; mais — *omnis definitio periculosa est*<sup>1</sup> — l'entreprise a de sérieux inconvénients. Soit on la définit — premier aspect — organiquement, par référence à l'organisation des pouvoirs étatiques, comme les autorités publiques subordonnées au gouvernement — cependant, non seulement on laisse ainsi de côté tout le secteur paraétatique, qui prend aujourd'hui une importance grandissante, mais aussi on ne dit strictement rien sur ce que l'administration est censée faire. Soit on la définit — second aspect — fonctionnellement, par opposition à la législation et à la juridiction, c'est-à-dire selon ses modes d'action spécifiques — cependant, on ne rend pas compte ainsi de ses activités normatives, on ne rend pas compte non plus du fait que l'administration applique le droit tout comme le fait le juge, on ne rend pas compte enfin des fonctions du juge administratif. Soit enfin on la définit — troisième aspect — matériellement, par la finalité qui doit être celle de toute action étatique, celle de la réalisation de l'intérêt public — cependant, celui-ci change de substance suivant les périodes et les Etats, et le décrire revient en fait à faire une analyse politique, et non pas juridique de ce que les collectivités produisent comme prestations.

L'insuffisance de ces trois définitions prises isolément ne peut pas être comblée par des compléments, des précisions, des adjonctions que l'on ferait à chacune d'elles séparément. L'insuffisance a une autre cause: elle réside précisément en ce qu'elles ne doivent pas être lues chacune pour elle-même, mais forment un ensemble, et seul cet ensemble est cohérent. En d'autres mots, il faut les mettre en relation l'une avec l'autre pour avoir un concept suffisant de ce qu'est l'administration: une articulation complexe qui rende compte en même temps de l'ensemble et des parties qui le composent, par la mise en évidence de sa dynamique interne dans ses relations avec l'environnement. On verra alors que le concept de droit administratif, ou les structures du droit administratif organique (premier aspect), fonctionnel (second aspect), matériel (troisième aspect) dépendent de la nature des tâches que la société demande à l'Etat d'accomplir: l'objet des activités de l'Etat, leur *matière* — pour reprendre ce terme — est ce qui va permettre d'appréhender le droit administratif sous ses trois aspects et d'en rechercher les articulations.

## 1.2. Le droit administratif dans sa perspective politique

Préalablement, il faut insister sur un point de vue qui va être déterminant dans toute la suite. Le droit administratif n'est pas une pure forme, qui pourrait indistinctement s'appliquer à toute matière: au contraire, son objet, ce sur quoi il

---

<sup>1</sup> La citation n'est pas seulement un souvenir du droit romain: voir, sur l'opposition entre dictionnaire et encyclopédie, Umberto Eco, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris, PUF, 1988, spéc. p. 108 ss.

porte rétroagit sur ses structures, sur ses institutions, sur ses concepts. Or, cet objet, il lui est donné et — pour parler familièrement — il doit «faire avec» — cela vaut d'ailleurs pour le droit en général. Mais, pour le droit administratif, il y a une particularité beaucoup plus marquée que dans les autres disciplines juridiques: entre le donné tel qu'il existe de lui-même — c'est-à-dire la nature (y compris celle de l'homme!), les relations sociales, les lois économiques, etc. — et le droit, il se trouve un intermédiaire qui définit ce que la société entend faire de ce donné, comment elle veut le recevoir, le reproduire, le transformer. Cet intermédiaire est constitué par l'instance politique: c'est elle qui dit ce que la société veut, c'est elle qui parle au nom de la société — et les termes de «dire», de «vouloir» et de «parler» sont à peine des métaphores. Certes, l'instance politique «dicte» (une autre quasi-métaphore) aussi le droit privé et le droit pénal: mais la volonté de déterminer le donné, la visée de le faire évoluer, voire de le transformer y est moins spectaculaire — même si elle est aussi en train de s'y marquer plus intensément que par le passé. Il n'est à cet égard pas étonnant que le droit administratif soit une création moderne, quels que soient les développements embryonnaires qu'on peut en déceler avant le XIX<sup>e</sup> siècle: création de la modernité, d'une époque de l'histoire — la nôtre — dans laquelle s'est instituée une organisation ayant pour fonction de permettre à la société d'agir sur elle-même rationnellement, c'est-à-dire par des lois — organisation politique, ce qui signifie mouvante, imprévisible<sup>2</sup>, à qui on a donné le nom paradoxal d'Etat — paradoxal parce que le mot, mais avec une minuscule, renvoie plutôt à stationnaire (qui vient évidemment de la même origine, *stare*, *status*).

Le droit administratif est donc profondément et essentiellement politique. Son évolution est tributaire de ce que la politique entend faire avec l'Etat. Cela vaut sous l'aspect organique: l'organisation des institutions étatiques et celle de la mise en œuvre de leurs attributions évolue en fonction de l'évolution des tâches étatiques. Cela vaut aussi sous l'aspect fonctionnel: les méthodes d'action de l'Etat, et en particulier les instruments juridiques qu'il emploie se transforment en fonction de la transformation des tâches qu'il assume. Cela vaut enfin sous l'aspect matériel: le concept même d'intérêt public comme légitimant tout emploi de la puissance publique subit lui aussi des mutations fondamentales.

Pour montrer ces interrelations, il faut faire un parcours historique. Le plus commode pour l'exposer est de se référer à un schéma d'analyse dans l'évolution historique des tâches de l'Etat, bien qu'il soit, comme tout schéma, réducteur de la complexité réelle des choses: il s'agit de la distinction entre l'administration de

---

<sup>2</sup> Une «boîte noire»: Pierre MOOR, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Paris, PUF, 2005, p. 43.

police, celle de prestation et celle de gestion<sup>3</sup>. Ces trois âges de responsabilités étatiques se sont développés l'un après l'autre, coexistant aujourd'hui les uns et les autres juridiquement dans un droit administratif de plus en plus diversifié. A l'administration de l'Etat libéral qui s'est mise en place dès le XIX<sup>e</sup> siècle s'est ajoutée celle d'une administration interventionniste, non pas seulement dans le domaine social, mais aussi dans celui des infrastructures. A un Etat conçu comme garant de l'ordre public et de régulations générales, dans un rapport d'extériorité par rapport à la société civile, s'est donc ajouté un Etat équilibrant, par ses interventions dans la société civile, ce qui y était perçu comme dysfonctionnements ou lacunes infrastructurelles: relation de compénétration, et non plus d'extériorité, entre Etat et société civile. Administration de police et administration de prestation: on résume souvent l'ensemble par les termes d'Etat de droit social. Est apparue enfin, dans les dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle, une troisième configuration: celle dans laquelle les dysfonctionnements aussi bien de l'Etat que de la société civile nécessitent une collaboration entre eux, dans laquelle la société civile est appelée à participer activement à la réalisation des finalités d'intérêt public — configuration que nous appelons administration de gestion, parce que l'Etat y a pour mission essentielle la coordination et la prévision dans la gestion des ressources communes<sup>4</sup>.

Reprenons ces trois types d'administration, pour y mettre en lumière les rapports que chacun y institue entre les trois aspects, organique, fonctionnel et matériel.

## **2. L'ADMINISTRATION DE POLICE: LE DROIT ADMINISTRATIF CLASSIQUE**

### **2.1. Organisation juridique de la fonction administrative et théorie du droit**

Fonctionnellement, l'acte caractéristique de ce type de tâches publiques est l'autorisation de police: elle permet de contrôler préventivement les activités qui

---

<sup>3</sup> MOOR, *op. cit.* (n. 2), p. 87 ss. Ce commode découpage chronologique est d'abord l'œuvre de juristes allemands, parmi lesquels en premier lieu Ernst FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Munich, C.H. Beck, 1971; depuis, on trouve *Eingriffsverwaltung* et *Leistungsverwaltung* dans les index de tous les ouvrages de droit administratif, comme des notions descriptives des modalités de l'action étatique en fonction de son objet. Nous y avons ajouté, pour désigner la période actuelle, le terme d'administration de gestion (Pierre MOOR, *Droit administratif I*, Berne, Staempfli, 2<sup>e</sup> éd., 1994, p. 20 s.). Voir aussi Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999, *passim* (avec la même périodicisation, mais sous des termes différents).

<sup>4</sup> Cf. MOOR, *op. cit.* (n. 2), p. 93 ss.

risquent de troubler l'ordre public. Elle est un acte juridique unilatéral (on ne parlait au XIX<sup>e</sup> siècle guère encore génériquement de décision), exécutant la loi. Aucune autre forme d'intervention de la puissance publique n'est requise — sauf un appareil sanctionnateur des violations de la loi. Organiquement, les structures institutionnelles sont simples: le parlement édicte la loi, et l'administration l'exécute. Nous ne prétendons pas que ces schémas ou concepts correspondent strictement à la réalité; nous disons que ce sont ceux des discours sur le droit administratif de la défense de l'ordre public, ceux de la théorie du droit administratif de l'Etat de police.

On peut remarquer aisément une caractéristique fondamentale, identique sous les deux aspects organique et fonctionnel: une structure que nous qualifierons comme centralisatrice et hiérarchique. L'administration est organisée sur le mode pyramidal, monocratique et bureaucratique, en lignes indépendantes les unes des autres, correspondant chacune à un ensemble de tâches spécifiques, et convergeant toutes en un point unique, qui est le gouvernement.

Ce type d'organisation est en concordance parfaite avec la théorie juridique qui se développe à la même époque et qui est aussi centralisatrice et hiérarchique. Son expression la plus parfaite est l'image de la construction pyramidale de l'ordre juridique: tout en haut, la constitution, charte à partir de laquelle, par niveaux successifs — lois, ordonnances —, on arrive aux actes concrets. La rationalité de l'ensemble, c'est-à-dire l'ensemble des règles, principes et valeurs fondamentaux, est déterminée par le texte constitutionnel, acte fondateur aussi bien historiquement que logiquement et substantiellement. Mais ce n'est pas seulement l'organisation de l'ordre juridique qui est conçue de manière centralisatrice et hiérarchique: l'épistémologie juridique l'est tout autant, ce qui est d'ailleurs normal et même nécessaire pour assurer la cohérence de la théorie du droit. En effet, c'est l'âge d'or du modèle du syllogisme juridique; et, dans la succession des étapes du raisonnement juridique (majeure, mineure, conclusion), on voit aisément que toute la vérité du droit est censément contenue dans la majeure du syllogisme, laquelle monopolise tout le sens à attribuer à l'infinité des cas d'espèce qui se rangent «sous» elle. Cette structure centralisatrice se lit jusque dans les figures de style employées: on parle de la «volonté» du «législateur» — la «volonté» est ce qui commande, face à une telle «volonté», on ne peut que se soumettre, et cette «volonté» — celle de l'Etat — est tout entière concentrée dans une personne fictivement unifiée, celle du «législateur» — fictif, car c'est une personne à qui aucun justiciable n'a jamais eu l'occasion de parler.

Le schéma de rationalité est simple: la rationalité vient d'en haut (de la loi) et elle descend par la magie du syllogisme pour donner son sens aux choses concrètes. C'est le même schéma sous l'aspect organique. Certes, les inférieurs ne sont pas tenus d'obéir *perinde ac cadaver*; mais c'est le supérieur qui est compétent pour dicter, et son ordre a la force de la loi.

## 2.2. La structure bipolaire de la relation administrative

Sous l'aspect matériel, celui du contenu du rapport entre administration et administrés, on remarquera que la structure est parfaitement et exclusivement bipolaire. Sont en relation, quelle que soit l'activité publique en cause, l'administration (l'autorité compétente, agissant au nom de l'Etat, mais toujours une *seule* autorité, exclusivement compétente en la matière) et *un* administré. Il ne se conçoit pas d'interventions de tiers. Il y a dans cette relation, parallèlement, un seul intérêt public (par exemple la santé publique) et un seul intérêt privé (de celui qui veut pratiquer une profession thérapeutique), représentés d'un côté par l'autorité, de l'autre par l'administré. D'autres intérêts privés ne sont pas pris en compte (celui des tiers concurrents) et l'intérêt à la santé publique n'est représenté que par l'autorité — des tiers ne sont pas admis à l'invoquer juridiquement. On retrouve ici la structure centralisatrice et hiérarchique: l'autorité a le monopole juridique sur le savoir de ce que l'intérêt public commande, en même temps qu'elle exerce le monopole de la puissance publique.

## 2.3. La garantie des libertés publiques

Il faut ici ajouter un élément capital: cette construction est, considérée seulement en elle-même, potentiellement totalitaire. Elle requiert, pour que cette potentialité ne s'actualise pas, la garantie d'une distinction absolue entre Etat et société civile, garantie juridique donnée par les droits constitutionnels dans leur ensemble (droits civiques, droits fondamentaux matériels et formels) au maintien du rapport d'extériorité entre l'un et l'autre. Il n'est pas nécessaire de développer ici ce point, bien que son importance fasse qu'il mériterait plus que cette simple allusion.

## 2.4. Transition

L'administration de police existe évidemment encore. Mais les tâches publiques se sont étendues; elles ont utilisé, pour leur mise en œuvre, les structures et formes qui étaient à leur disposition. Cela signifie d'une part que l'administration de police a dû s'intégrer dans un ensemble plus vaste et, de l'autre, que les structures et formes juridiques qu'elle avait élaborées ont dû s'adapter aux besoins inhérents à cet ensemble plus vaste. Un seul exemple, ici, pour illustrer tout de suite la direction de l'évolution, et qui concerne une autorisation de police: la finalité de la santé publique ne régit plus aujourd'hui exclusivement l'exercice des professions thérapeutiques (ni non plus la production des moyens

thérapeutiques), puisqu'il faut tenir compte aujourd'hui des coûts de la santé publique — c'est ainsi que l'ouverture d'un cabinet médical obéit (en Suisse, pour l'instant transitoirement) à une clause du besoin.

### **3. L'ADMINISTRATION DE PRESTATION: LE DROIT ADMINISTRATIF MODERNE**

#### **3.1. La généralisation de la décision**

L'administration de prestation se caractérise, comme son nom l'indique, par les prestations qu'elle fournit, et surtout par le fait que ces prestations consistent en droits accordés à un grand nombre de personnes, et même à l'ensemble de la population. La charité — acte privé, même si elle pouvait être le fait du monarque — s'est transformée en politique sociale: assurances sociales, politique de la formation, de la santé, etc. Mais il faut aussi parler des politiques d'infrastructure: ainsi le secteur des transports, mais aussi celui de la formation (démocratisation des études!), de la recherche, etc. Il est vrai déjà existant en certains domaines antérieurement, le développement de ces tâches publiques a été, pendant la majeure partie du XX<sup>e</sup> siècle, ce qui a polarisé l'Etat moderne, jusqu'à le transformer radicalement.

Fonctionnellement, l'instrument juridique couramment utilisé est resté l'acte unilatéral, sur le modèle de l'autorisation de police: mais son concept s'est élargi bien au-delà, puisqu'il ne s'agit plus seulement d'imposer des obligations, mais aussi de conférer des droits. C'est ainsi qu'il a fallu concevoir la décision comme pouvant servir de support à des rapports juridiques de toute nature, ce qui a impliqué qu'elle soit vidée de tout contenu propre pour pouvoir servir de pure forme, de pur réceptacle à n'importe quelle réglementation concrète de droit administratif: l'acte juridique type du droit administratif, l'équivalent symétrique du contrat en droit privé. L'autorisation de police est alors devenue une espèce parmi d'autres du genre «décision», espèce déterminée par son objet (lever une interdiction générale préventive). Le droit administratif a dû — et pu — de cette façon se donner une institution générale spécifique qui le définit par rapport au droit privé (lui-même défini par l'institution du contrat) et se constituer en discipline juridique autonome.

Cette autonomisation du droit administratif par rapport au droit privé se marque plus profondément encore dans leurs fondements respectifs. Alors que l'autonomie de la volonté est au fondement du contrat, le fondement de la décision est l'exercice d'un pouvoir de puissance publique légitimé par la loi: ce principe, hérité de l'administration de police, s'est pratiquement étendu à celle de prestation, cela sans aucune difficulté, bien au contraire: si la norme, dans l'administration de police, assure l'égalité de tous devant les obligations et les charges de droit public, il est cohérent qu'elle l'assure aussi pour les droits. Généralisant donc au fur et à

mesure de ses besoins l'institution particulière dont elle a hérité, l'administration de prestation va dès lors être juridiquement construite comme un système normatif appliqué par voie de décisions unilatérales.

### **3.2. Inflation législative et inversion hiérarchique**

Sous l'aspect organique, les mutations sont spectaculaires. Le développement des politiques de prestations selon un système normatif va d'abord avoir des conséquences sur l'ordre légal: le phénomène qu'on appelle l'inflation législative trouve ici ses sources. En effet, si interdire demande en général un minimum de règles — il suffit de fixer la limite à partir de laquelle une activité est interdite —, il n'en va pas de même des régimes de prestations: il faut définir des catégories, des critères, des conditions, des différenciations, des barèmes, ainsi que les obligations et charges requises pour assurer l'équilibre financier. Quelques normes ne suffisent pas, il en faut des centaines, voire des milliers. Cette profusion de règles est inéluctable dès lors que l'on veut maintenir la double structure hiérarchique du droit et de l'autorité, ainsi que les garanties de rationalité objective et d'égalité de traitement qu'on en attend.

Parmi beaucoup de conséquences, il faut en mentionner une, qui concerne très particulièrement l'approche organique de l'institution administrative. Le parlement n'est pas en mesure d'adopter toutes les règles juridiques nécessaires: il doit procéder à des délégations du pouvoir de légiférer à l'exécutif. Mais le gouvernement se trouve dans la même incapacité. Il va donc être nécessaire de faire élaborer les normes par la bureaucratie administrative. La réglementation exige en effet un savoir technique dont la maîtrise préjuge souvent des solutions politiques possibles. Il en découle un phénomène d'inversion hiérarchique dans l'organisation administrative: les options prises aux échelons supérieurs dépendent de plus en plus, dans leur contenu même, du travail accompli aux échelons inférieurs, particulièrement de l'information qui y est élaborée.

### **3.3. La dénaturation de la notion d'intérêt public**

Toujours sous l'angle organique, on remarquera que beaucoup de ces régimes de prestations reposent sur une base d'autofinancement, totale ou partielle; ils sortent du budget centralisé de l'Etat, alimentés qu'ils sont, en tout cas pour partie, par des contributions des destinataires (le cas échéant futurs). Et, souvent aussi, ils sont gérés en dehors de l'administration étatique: par des organisations professionnelles (dans l'agriculture), par des institutions mutualistes (dans la sécurité sociale), cela non seulement pour des raisons historiques, mais aussi pour éviter le gonflement de l'appareil étatique et faire participer des secteurs de la



société civile à la gestion des tâches publiques. L'acceptance de l'intervention étatique est facilitée par cette restitution partielle, dans laquelle on peut lire à l'état embryonnaire la tendance ultérieure à la dérégulation et à la privatisation; on peut y déceler aussi l'apparition d'intérêts privés au maintien des structures, également privées, appelées à la gestion de tâches publiques. Comme les finalités de l'intérêt public consistent à modifier certains équilibres économiques tels qu'ils sont constitués en agrégats d'intérêts privés (l'agriculture, les catégories sociales défavorisées, etc.), la compénétration de l'Etat et de la société civile a rendu déjà à cette époque flottante la distinction nette entre intérêt public et intérêt privé.

On aborde ainsi l'angle matériel. Le concept d'intérêt public pouvait être, dans l'administration de police, un concept centralisé: l'intérêt public — telle était la définition classique — était celui de la plus grande partie de la population, ce qui permettait qu'on l'hypostasie comme étant celui de la nation; et, à ce titre, sa centralité justifiait sa primauté hiérarchique et les sacrifices qu'il imposait. Le concept va, dans le dernier tiers du XX<sup>e</sup> siècle, se dissoudre; les grandes politiques d'infrastructures seront le domaine par excellence de ce phénomène. Car l'époque de l'apogée de l'administration de prestation a aussi été celle des grandes infrastructures publiques: réseaux de transports, investissements dans la production énergétique, édifices publics de toutes sortes d'affectations (hôpitaux, écoles, universités). L'ampleur de ces travaux a fait apparaître de nouvelles configurations. Par le passé, ils avaient pu être réalisés sans problèmes. Mais, dès la fin des années 1960, apparurent les premières difficultés: les oppositions les plus diverses, venant des groupes les plus hétéroclites, se manifestèrent, allant jusqu'à paralyser pendant de longues années des projets qui auraient réuni l'unanimité quelques décennies auparavant. On évoque ici l'augmentation des nuisances et des pollutions autant que celle des risques liés à l'emploi de techniques nouvelles.

Si on veut caricaturer certains de ces mouvements, on leur attribuera comme mot d'ordre celui de cet homme — M. Nimby — dont le nom est un acronyme: «not in my backyard», «je suis automobiliste, et les autoroutes me sont très utiles, mais pas devant mes fenêtres»; d'autres que lui ne sont pas aussi intéressés, ou plutôt sont intéressés par le sort futur de l'humanité, et non par ses besoins actuels. Quoi qu'il en soit — car il ne s'agit pas ici de porter des jugements de valeur — ce qui devient évident, c'est la fragmentation de l'intérêt public: au lieu de constituer un concept centralisateur, il éclate en une multiplicité d'intérêts divers, qui parfois convergent — mais pas toujours selon les mêmes lignes de force et dans les mêmes constellations —, parfois divergent. C'est mettre en lumière aussi quelque chose de plus profond: si les intérêts publics se fragmentent et s'opposent sans qu'aucun ne puisse prétendre *a priori* à une prééminence de droit (contrairement à l'ordre public de l'administration de police), ils deviennent partiels et, par conséquent, divisant la société civile qui en est le destinataire en autant de groupes distincts, ils se privatisent. En même temps que la structure centralisatrice de

l'intérêt public, disparaît ainsi aussi la légitimité de l'Etat comme lieu central: l'administration choisit parmi la multiplicité des intérêts publics celui qui lui paraît préférable; mais, choisissant, elle prend en même temps parti, et devient même partie dans les conflits aléatoires qui divisent la société civile. Pour qui est attentif aux activités qui influent sur la gestion du territoire et de l'environnement, il n'est pas nécessaire de donner des exemples. On en trouve bien d'autres ailleurs. Ainsi, les hésitations, pour ne pas dire les errances et divagations de la politique de la santé et de la sécurité sociale, en fournissent aussi une illustration.

Nous ne disons évidemment pas qu'il n'y a pas eu de conflits dans la société civile auparavant: mais l'administration de police les ignorait dans sa théorie et les réprimait dans sa pratique; le droit de l'époque les extériorisait en les qualifiant de troubles. Les conflits de notre époque, eux, se situent à l'intérieur d'options toutes *a priori* légitimes aussi bien dans la théorie que dans la pratique.

#### **4. L'ADMINISTRATION DE GESTION: LE DROIT ADMINISTRATIF «POSTMODERNE»**

##### **4.1. Des normes souples et de la coordination de leur application**

Si les conflits d'intérêts se manifestent, l'Etat est appelé à les arbitrer: ses tâches augmentent en proportion. Il y a inflation législative, non plus seulement du fait du nombre de normes (et de leur technicité), mais aussi du nombre de lois (et de leur particularisme): chaque tâche exige sa loi. Mais ces tâches ne se juxtaposent pas les unes aux autres, sans rapports de réciprocité (tel était le cas dans l'administration de police, où ce qui était réglé dans un secteur n'avait guère de répercussion dans les autres): bien au contraire, leurs mises en œuvre influent les unes sur les autres. Il faut donc prévoir leurs effets internes et externes, les combiner, les coordonner. L'inflation législative, au premier regard quantitative, s'accompagne d'une inflation d'ordre qualitatif, quant au contenu normatif: car, s'il faut pouvoir arbitrer, coordonner, compromettre, il faut que toutes les règles applicables soient suffisamment souples pour permettre leur mutuelle adaptation dans leurs réalisations concrètes — leur impérativité immédiate, leur densité normative<sup>5</sup> est faible. Ou, si elles sont impératives, elles sont très techniques et, étant donné le rythme des évolutions technologiques, elles figurent dans des textes de niveau inférieur, aisément et rapidement modifiables. En général, il y a dans chaque domaine coexistence, voire articulation de ces deux styles de normativité: d'une part des normes supérieures très générales, programmatiques, posant des valeurs, des principes, des objectifs — donc par leur faible densité normative

---

<sup>5</sup> Sur ce concept, que nous reprenons de la doctrine allemande («Regelungsdichte»), cf. MOOR, *op. cit.* (n. 2), p. 64 ss, et (n. 3), p. 188 ss, 379 ss.

souples dans leur fonction directrice (on pourrait dire stratégique, dans le jargon à la mode) —, d'autre part des normes inférieures, précises, techniques, différenciées jusque dans les moindres détails (dans le même jargon: tactiques) — mais, du fait de leur rang, au gré des circonstances, aisément et rapidement adaptables tout en restant conformes aux normes supérieures<sup>6</sup>.

Fonctionnellement, ni la norme, ni la décision, ni leur articulation logique telle que les époques précédentes l'avait élaborée ne suffisent plus. Une telle articulation, symbolisée dans le syllogisme dit juridique, présuppose des champs d'application nettement définis et distincts pour chaque norme; elle ne fonctionne plus lorsque plusieurs normes s'appliquent en même temps au même cas d'espèce. On ne peut pas déduire une conclusion nécessaire si on a plusieurs majeures concomitantes pour une seule mineure, à moins d'être assuré *a priori* qu'il n'y a aucune contradiction possible entre ces majeures — cela n'est concevable que dans un système entièrement formalisé, ce que, sauf dans les utopies les plus pessimistes, le système social ne supporterait pas. Si plusieurs normes sont applicables en même temps, elles doivent être suffisamment souples dans leur programme normatif respectif pour que leur coordination dans le cas d'espèce ne soit pas exclue par la rigidité de leur impérativité.

Il faut donc trouver d'autres schémas d'articulation, qui ne fonctionnent pas selon le mode hiérarchique du syllogisme, où la majeure commande la mineure, mais dans lesquels, au contraire, les caractéristiques concrètes individuelles du cas rétroagissent sur la pluralité de sens que les normes souples permettent. Il y a inversion normative<sup>7</sup>. La signification réelle des notions juridiques les plus importantes n'apparaît qu'au moment de leur concrétisation. Et même ce terme d'«apparaître» est un euphémisme — il laisse croire que le concret «révèle» le sens que l'abstrait avait toujours *déjà* (métaphore photographique); en fait, nous soutenons que, substantiellement, l'abstrait n'a d'autre sens que celui que son application concrète lui fait prendre.

De tels schémas d'articulation dans la coordination concrète ont été inventés dans les dernières décennies du siècle passé, mais ils sont loin d'être maîtrisés: l'étude d'impact, le plan directeur, le plan de mesures en sont les exemples les plus connus. Ils ont tous en commun de réunir un ensemble disparate d'éléments (ensemble des nuisances localisées en un certain endroit pour l'étude d'impact, ensemble de l'état existant et de l'état futur d'un certain espace pour le plan

---

<sup>6</sup> Voir, pour de plus amples développements, MORAND, *op. cit.* (n. 3), p. 91 ss (sous les termes «droit des programmes finalisés»).

<sup>7</sup> Voir, du point de vue épistémologique, MOOR, *op. cit.* (n. 2), p. 207 ss; en réalité, l'ordre juridique — même le droit privé et le droit pénal — est dans son entier constitué essentiellement de textes normatifs souples; l'épistémologie classique a consisté à l'occulter (*ibid.*, p. 186, 210).

directeur, ensemble des mesures à prendre pour réduire la pollution dans le troisième exemple), éléments régis par des normes différentes et donnant lieu à des décisions différentes, lesquelles émanent d'autorités différentes, mais dont il faut assurer, dans chaque situation déterminée où ces éléments sont réunis, une cohérence que la simple application de chacune des lois pour elle-même ne garantit nullement. Si chaque norme doit ainsi réserver pour son application celle des autres, elle doit restreindre son programme normatif propre pour y intégrer celui des autres. D'où la multiplication de la technique des balances d'intérêts, qui permet, dans le concret, de coordonner, d'équilibrer — bref: de donner sens — en fonction des circonstances du cas d'espèce, à l'ensemble des programmes normatifs «applicables»<sup>8</sup>.

L'évolution est parallèle lorsqu'on analyse les acteurs qui interviennent. La structure du rapport administratif n'est plus la classique bipolarité hiérarchisée autorité *versus* administré. Elle est devenue multipolaire: y apparaissent plusieurs autorités, avec des pouvoirs de décision ou de simple préavis, chacune avec ses attributions et intérêts propres, des groupes de pression aux objectifs contraires, des particuliers, lesquels se partagent selon des visées variées. L'exemple classique est celui de la construction d'une route, où vont intervenir l'office des routes, celui de la protection de l'environnement, des clubs d'automobilistes, des mouvements de défense de la nature, les commerçants du quartier, ceux qui y habitent, etc. Non seulement il n'y a plus l'Administration, autorité unique représentant l'Etat, mais des administrations diverses, segmentant l'Etat dans les particularités de leurs compétences respectives; et la société civile aussi se fragmente en groupes qui en appellent, suivant les configurations d'intérêts, aussi bien à l'inaction de l'Etat dans tel domaine que, dans tel autre, à la mise en œuvre de la puissance publique.

#### **4.2. Délégitimation de l'administration, privatisation, dérégulation**

Ce n'est plus sa seule position qui peut légitimer l'administration — elle ne peut plus être l'Etat, puisque l'intérêt public a perdu cette centralité qui autorisait sa prééminence; ce qui la légitime, c'est l'effectivité, l'efficacité, l'efficience de ses arbitrages et de ses activités. Le poids est beaucoup plus lourd: il est plus facile d'être reconnu dans son statut *de jure* que dans ses résultats *de facto*. Pour que ses choix soient admis, l'autorité a un besoin croissant de légitimité, qu'elle ne peut cependant obtenir que si ses choix sont admis: elle tourne dans un cercle qui a toute l'apparence d'être vicieux, dont elle ne peut sortir qu'en collaborant avec le secteur privé, en y trouvant les appuis nécessaires, en l'associant à la réalisation

---

<sup>8</sup> Il y aurait lieu de se demander alors si le terme même d'«application» du droit est encore adéquat, dans la mesure où il renvoie à une épistémologie où le sens du droit — et donc le «droit» préexiste à l'«application».

des intérêts généraux: la faisabilité — comme on dit dans le jargon postmoderne — des politiques publiques dépend de l'intégration en leur sein des acteurs segmentant le secteur privé, laquelle, en outre, en favorise l'acceptance (encore du jargon postmoderne!).

C'est le paysage général dans lequel sont apparus les phénomènes récents d'organisation des tâches publiques, y compris la répartition des responsabilités entre l'Etat et la société civile<sup>9</sup>.

Ainsi par exemple la décentralisation de certaines activités de l'Etat, voire leur privatisation, leur rétrocession (totale ou partielle) au secteur privé, de même la nouvelle gestion publique. La disparition d'un intérêt public simple, non conflictuel, sans opposition à d'autres intérêts généraux, a rendu impossible la légitimation des inerties technologiques et des sacrifices économiques que la gestion étatique centralisée impliquait. Il a fallu recourir — faute de mieux ou faute d'imagination — à la légitimité par les résultats, comme les entreprises privées le font avec le bénéfice tiré de leur chiffre d'affaires. La privatisation permet ainsi d'introduire un critère simple d'évaluation de la réussite — simple, voire simpliste, comme le disent ceux qui s'opposent vainement à la fermeture des petits bureaux de poste.

L'organisation, parallèlement, ne se pense plus sur le mode hiérarchique: elle passe par la conclusion de «contrats» de prestation, définissant pour les unités décentralisées ou privatisées leurs missions et leur cadre d'autonomie — «contrats», dit-on, même dans des situations où, à parler proprement, aucun contrat n'est possible faute de personnalité juridique — l'idée passe avant la propriété des termes employés! Et cela peut être mis sur pied même pour des tâches qui ont toujours été qualifiées de police (par exemple l'expertise des véhicules automobiles).

La dérégulation se produit dans le même paysage d'évanouissement de la légitimité de l'administration publique. En quoi — dit-on — un service de l'Etat serait-il mieux placé (du point de vue des connaissances techniques requises) et aurait-il plus d'autorité (au sens d'autorité morale) que les administrés eux-mêmes? Déréguler, ce n'est pas éliminer les normes légales (de toute manière vagues), c'est diminuer le poids des règles et des contrôles administratifs pour les remplacer par des règles et contrôles émanant des intéressés eux-mêmes — ce qu'on appelle autorégulation, donc (le suffixe *auto*!) fondée sur le consentement des acteurs privés. Il y a certes rerégulation, l'autorité publique définissant les missions et les critères de l'autocontrôle: il n'en reste pas moins que le secteur privé exécute lui-même la gestion d'une tâche d'intérêt public et fournit donc lui-même une

---

<sup>9</sup> Voir MORAND, *op. cit.* (n. 3), p. 125 ss (sous les termes «droit de l'Etat réflexif»).

prestation à l'Etat, dont il peut négocier les conditions. C'est aussi un rapport d'échange, de bilatéralité qui s'institue, en opposition avec le modèle classique de la centralisation hiérarchique: c'est pourquoi le terme, souvent impropre, de «contrats» de prestation s'est pratiquement imposé.

A vrai dire, à devenir privée, l'autorégulation reste une régulation. Le suffixe «auto» ne renvoie pas nécessairement à la réalité d'un consentement unanime: la «volonté générale» est aussi problématique lorsque le secteur privé s'«autorégule» que pour la loi étatique. Des pouvoirs privés peuvent se constituer dont on peut craindre que, jouissant de la bénédiction étatique, ils ne jouent en même temps sur les deux tableaux: pouvoirs bifronts qui, suivant les cas, profiteront des avantages ou seront soumis aux contraintes respectives découlant de leur double référence.

### 4.3. La diversification des moyens de l'action publique

Dernier point sur l'administration de gestion: à la multiplicité des intérêts publics, à la difficulté de les réaliser, à l'évanouissement de la distinction univoque entre l'intérêt public et intérêts privés, correspond un phénomène à évoquer: la diversification des moyens d'action. L'acte autoritaire est sans doute celui qui continue d'être le plus manifeste du point de vue juridique. Mais la pratique administrative utilise bien d'autres moyens d'action, que l'on pourrait ranger selon une échelle d'impérativité décroissante: de la directive à effets externes, sous la forme d'ordonnances administratives, quasi de droit, jusqu'à de simples affiches qui recouvrent les panneaux publicitaires aux côtés de la propagande purement commerciale, en passant par diverses formes de recommandation, d'incitation, d'information<sup>10</sup>. Longtemps laissés de côté par le droit administratif, sous le nom générique d'actes internes ou d'actes matériels, ils traduisent eux aussi la fin d'une administration autoritaire/hiérarchique. Ils marquent l'impuissance de l'administration à obtenir des administrés, sans leur consentement et leur participation, les comportements qu'elle considère comme souhaitables. Et cette impuissance est due dans la plupart des cas à des raisons objectives, et non pas à une faiblesse inhérente à l'appareil de l'Etat; on la trouve en effet principalement dans les domaines où tel ou tel intérêt public spécial, qui justifie l'intervention de l'Etat, se heurte à d'autres intérêts, tout aussi importants, entre lesquels seuls les individus sont en mesure d'arbitrer: il n'est donc pas possible de les commander, on ne peut que les convaincre — ainsi, dans des domaines aussi variés que les économies d'énergie, le sort fait aux déchets, la prévention de certaines maladies, la morale sexuelle.

---

<sup>10</sup> Cf. Alexandre FLÜCKIGER, «Régulation, dérégulation, autorégulation»: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, in *Revue de droit suisse* 2004 II, p. 230 ss. Voir aussi MORAND, *op. cit.* (n. 3). p. 157 ss (sous les termes «droit de l'Etat incitateur»)..

Et ces mesures qu'on appelle d'administration incitative, douce, persuasive — bien que ces termes soient d'usage courant, ils font partie du jargon technique des analyses et des théories — s'intègrent dans des ensembles plus vastes, où elles cohabitent avec des instruments des administrations de police (des interdictions) et de prestation (des subventions). Et c'est à l'intérieur de tels ensembles, dénommés politiques publiques, que le droit administratif, ou plutôt la multiplicité des droits administratifs, est appelé à donner la preuve de son efficacité: il ne constitue plus un ordre, il est devenu un instrument.

## 5. CONCLUSIONS

Le moment est venu d'arriver à la conclusion, ou plutôt à trois conclusions, en quelques mots: la première concernant proprement ce qui vient d'être développé, la deuxième qui aura trait à la mission du droit, la troisième enfin sur l'épistémologie juridique.

### 5.1. Le général et le sectoriel

Nous avons vu la profonde cohérence qu'il y a à chaque époque entre les aspects organique, fonctionnel et matériel du droit administratif. Mais nous avons aussi montré comment l'évolution des tâches étatiques a entraîné, à chaque époque, de non moins profondes mutations, dans la réalité de l'intérêt public, dans les structures administratives et les instruments employés par l'Etat. Ces mutations créent des distorsions dans la cohérence existante, des développements inattendus des modes formels d'intervention, le besoin de nouveaux moyens d'action. Bref: le droit administratif est, dans ses structures mêmes, en perpétuel mouvement. D'une part parce que les régimes juridiques régissant les divers domaines changent à un rythme qui, d'ailleurs, s'accélère — c'est le mouvement du droit administratif spécial, ou plutôt de la multiplicité des droits administratifs spéciaux: il suffit, par exemple, de parcourir une demande de permis de construire pour se rendre compte du nombre de lois différentes applicables en même temps. D'autre part, et c'est beaucoup plus important, parce que l'ensemble de tous ces mouvements spéciaux requiert de manière constante la mise en examen et la remise à l'épreuve des concepts, structures et institutions qui sont censés faire du droit administratif *général* un ensemble à même de remplir sa fonction: unifier juridiquement tous les régimes spécifiques et apporter à chaque problème concret une solution qui l'intègre au tout de l'ordre juridique et aux valeurs sociales que celui-ci garantit. Si les droits administratifs spéciaux deviennent les instruments de politiques publiques par définition sectorielles, le droit *dans son ensemble* est lui aussi un instrument, mais de la société dans sa double dimension d'institution garantissant

aussi bien l'autonomie politique que l'autonomie individuelle<sup>11</sup>. Cette tension entre l'unité du tout et les idiotismes des parties n'est pas propre au droit administratif, faut-il le préciser: le droit privé aussi commence également à souffrir du même phénomène de dispersion entre réglementations spéciales. Mais l'ouverture plus grande du droit public aux turbulences, aux agitations politiques, aux revendications, aux retours en arrière, l'y prédispose peut-être plus que les autres disciplines juridiques; en tout cas, illustrer cette tension y est plus aisé, parce qu'elle y est plus manifeste.

## 5.2. Mouvement du droit et adéquation aux problèmes

Ce qui amène à la deuxième conclusion. L'analyse faite de l'administration de gestion conforte ce que nous venons d'écrire. Elle a mis en question nombre d'acquis des périodes précédentes, à la recherche d'une nouvelle cohérence. C'est dire que, comme nous l'avons évoqué au début, toute définition est condamnée à n'être qu'une tentative purement formelle. Car si nouvelle cohérence il y a, elle fait aussi surgir de nouveaux problèmes. Comment intégrer les nouveaux instruments dans l'ensemble — par exemple quelle place donner, par rapport à la séparation des pouvoirs comme structure de responsabilité politique, au plan directeur, au plan de mesures contre les pollutions atmosphériques? Quel statut juridique donner aux informations ou aux campagnes publicitaires de l'Etat — par exemple une information officielle sur les dangers que représentent certaines sectes religieuses? Quel statut juridique donner aux recommandations de comportement émises par une autorité — par exemple en matière cartellaire? Quelle est la position des tiers dans les nouveaux arrangements administratifs qui relient certaines administrations avec certains segments de la société civile — par exemple dans le cas d'un monopole d'affichage publicitaire sur les transports publics conféré à une entreprise privée? Les tiers sont-ils suffisamment protégés, lorsqu'on substitue aux garanties juridiques du droit administratif classique celles que, censément, apportent les lois du marché — par exemple si l'établissement public postal refuse de distribuer certains journaux? Finalement, la question qui résume toutes les autres, et qui est celle que pose toute organisation juridique des relations sociales: qui décide quoi, en vertu de quels critères, et sous quel contrôle? La question est permanente, aucune réponse n'est définitive: l'une et l'autre de ces deux affirmations doivent rester constamment à l'esprit, si le droit veut rester adéquat à son objet.

---

<sup>11</sup> Sur les rapports d'interdépendance entre ces deux autonomies, MOOR, *op. cit.* (n. 2), p. 226 ss.



### 5.3. Un changement de métaphore: de la pyramide au réseau

Enfin, un dernier mot, sur l'épistémologie juridique.

Nous avons décrit plus haut le schéma classique du rapport entre la norme et son application comme une relation hiérarchique. La métaphore de la pyramide l'illustre parfaitement. Mais on aura compris qu'elle n'est plus guère utilisable, et c'est pourquoi les auteurs récents lui ont substitué celle du réseau<sup>12</sup>.

L'hypothèse classique est celle de l'interprétation, dans le cas concret, de la norme dont on aura préalablement tracé le champ d'application: cette norme domine les cas d'espèce qui lui sont tous identiquement soumis. Ce type d'articulation par logique hiérarchique existe encore dans de nombreux secteurs. Mais nombreux sont aussi ceux où il est inopérant. Les balances d'intérêts en sont la manifestation la plus évidente; l'argumentation destinée à légitimer la solution concrète doit se référer à une pluralité de législations situées à un même niveau: c'est donc la coordination qui est déterminante. Cette coordination fait souvent intervenir des actes qui sont, formellement, de niveau infralégal.

Un cas: l'«application» concomitante de dispositions légales et de mesures directrices<sup>13</sup> conduit, et cela en lui réservant néanmoins une certaine marge de liberté, une commune à fixer un plan de zones. En retour, la délimitation topographique ainsi faite à ce niveau, qui définit les facultés ouvertes aux propriétaires, pose ce à quoi ceux-ci ont droit en vertu de la garantie constitutionnelle de la propriété.

Il est vrai que chacune de ces législations repose elle aussi sur une disposition constitutionnelle consacrant la légitimité des intérêts publics qu'elles visent. Mais ce genre de dispositions n'est pas seulement «concrétisé» par la législation: en réalité, c'est seulement au moment où une loi est édictée que la tâche ainsi légalisée prend forme et substance — et encore très relativement, dans la mesure variable de la densité normative des règles adoptées. Autrement dit, c'est bien dans

---

<sup>12</sup> Plus spécialement — et avec de nombreuses références — François OST/Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, *passim*; MORAND, *op. cit.* (n. 3), p. 32, 35, 205 ss. Nous ne ferons que mentionner ici les relations entre droit supranational et droit national, qui impliquent de même l'abandon des schémas hiérarchiques, du fait de la complexité des phénomènes de réception, d'intégration, d'adaptation: cf. sur ce sujet, bien qu'elle n'emploie pas la métaphore du réseau, Mireille DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, *passim* (notamment p. 43 ss, 109 ss, 403 ss).

<sup>13</sup> Lois sur l'aménagement du territoire, sur la protection des sites, des forêts, de la nature, de l'environnement (bruit, pollution atmosphérique, eaux); plans directeurs, plans de mesures, cadastres des nuisances sonores, plans de protection de biotopes, etc.

les limites de l'interprétation des dispositions constitutionnelles que les lois sont adoptées. Mais, étant donné l'indétermination des normes de la charte fondamentale, étant donné aussi que celle qui — pour en rester au même exemple — consacre la garantie de la propriété n'est pas hiérarchiquement supérieure à celles qui légitime des tâches publiques, le législateur, qui doit les prendre toutes en considération en même temps, arbitre et, selon les choix qu'il fait, détermine ce faisant le sens qu'ont des règles qui pourtant lui sont supérieures. A un échelon inférieur, les administrations font de même avec les lois: nous l'avons déjà montré. Il y a donc, *du fait même de la nécessité pratique de coordonner à un certain niveau horizontal*, un courant de pouvoir ascendant, qui prend sa source dans le choix opéré concrètement parmi les significations abstraitement possibles et détermine ainsi, par rétroaction, le sens des textes normatifs qui servent de références: une inversion hiérarchique à l'intérieur du courant descendant à partir des textes normatifs supérieurs, dont l'impérativité ne peut être que relative parce que leur «application» *doit réserver la possibilité de coordonner*.

On voit ici le sens de la métaphore du réseau: l'argumentation juridique se déploie sur ces lignes, tour à tour descendantes, ascendantes, horizontales, jusqu'à ce qu'un équilibre (et non pas une nécessité déductive) soit trouvé qui, en fonction des circonstances du cas, rende le mieux compte de l'ensemble normatif et en tire sa force de conviction. Cependant, une telle épistémologie ne s'explique pas seulement par des raisons strictement juridiques: elle est requise dès lors que le droit n'est pas uniquement conçu dans le splendide isolement d'un ordre normatif planant au-dessus de son application, mais au contraire en y intégrant la rétroaction de la matière qu'il régit sur ses structures mêmes<sup>14</sup>.

D'ailleurs, si on ne prend pas les fameuses méthodes canoniques d'interprétation comme de simples outils qu'on pourrait manier avec une parfaite neutralité, ne s'aperçoit-on pas tout aussi bien que le choix final auquel l'interprète aboutit a fait intervenir une argumentation complexe, engageant une pluralité de références plus ou moins implicites, dont la structure est aussi celle du réseau?

---

<sup>14</sup> Voir ainsi, sous la plume d'un privatiste, l'approche de l'opération dite «application du droit» dans un ouvrage de référence — approche explicitement herméneutique: David DÜRR, «Vorbemerkungen zu Art. 1 und 4 ZGB», in *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung*, 1. Teilbd.: Art. 1-7, Zurich, Schulthess, 1998.